

FREDERICO
VALDEZ PEREIRA

FUNDAMENTOS DO JUSTO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL

*as garantias processuais e o valor
instrumental do devido processo*

Prefácio por Gustavo Badaró

**FUNDAMENTOS
DO JUSTO
PROCESSO PENAL
CONVENCIONAL**

*as garantias processuais e o valor
instrumental do devido processo*

FREDERICO
VALDEZ PEREIRA

**FUNDAMENTOS
DO JUSTO
PROCESSO PENAL
CONVENCIONAL**

*as garantias processuais e o valor
instrumental do devido processo*





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Frederico Valdez Pereira.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes
Editor Tales Leon de Marco
Produtora Editorial Bárbara Rodrigues
Capa, projeto gráfico Nathalia Torres
Diagramação Nathalia Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

P436 Pereira, Frederico Valdez
Fundamentos do Justo : processo penal convencional : as garantias processuais e o valor
instrumental do devido processo / Frederico Valdez Pereira. - 1. ed. - Belo Horizonte, São
Paulo : D'Plácido, 2020.
436 p.

ISBN 978-65-5589-113-3

1. Direito. 2. Direito Processual Penal. I. Título.

CDDir: 341.43

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



“L’aspetto più terrificante dell’orwelliano Ministero della Verità non è la sua abilità nel far credere menzogne alla gente, ma il suo successo nell’indurla ad abbandonare la stessa idea della verità”.

Michael P. Lynch. La verità e i suoi nemici

Agradecimentos

Parece-me incompleto afirmar que esta obra é o resultado da tese de doutorado defendida na Universidade de Pavia, e na PUC/RS, pela cotutela. As ponderações (e angústias) sobre o pano de fundo do livro vêm sendo refletidas há muito mais tempo. Afinal de contas, o que deve estar tutelado pelo processo penal? Quais os valores envolvidos no exercício da jurisdição penal? Ao que parece, essas indagações de base do processo já deveriam estar resolvidas. Mas não é assim. À parte algumas simplificações e insuficiências de análise, o debate existe e permanecerá. O trabalho tem a pretensão de reforçar referência teórica diversa da que vem sendo explorada há muito na doutrina, não só do Brasil, mas nos países da América latina. Em uma realidade já assentada de variados e heterogêneos princípios constitucionais, de multiníveis normativos, de influxos convencionais e de influências recíprocas de direito comparado, e não só entre países da família europeia-continental, partir da noção de justo processo (devido processo ou processo equo) agrega não só em rendimento, mas na qualificação da análise. Quanto mais não seja, porque afasta de partida as tendências de negação da complexidade, e de unilateralidade de reflexões assentadas no dualismo acusatório-inquisitório.

O estágio alcançado nesta obra não teria sido possível sem o auxílio de muitas pessoas, a quem quero deixar este agradecimento. Antes de tudo, aos membros do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sensíveis à necessidade de aperfeiçoamento dos magistrados, que é muito impulsionada pela pesquisa *in loco*, pelo estudo acadêmico sistemático nas fontes de conhecimento mais abalizadas.

Agradecimento especial aos professores Cristina Campiglio, Livia Giuliani, Silvia Larizza e Laura De Cesaris, da Università di Pavia, pela acolhida, paciência e apoio, em resumo, por, verdadeiramente, terem aberto as portas da Universidade.

Agradecimento especial ao Professor Paolo Renon, pela precisa orientação científica, ensinamentos e auxílio na qualificação deste material. Por todo o período de convivência na Universidade de Pavia. Os períodos de investigação em Bolonha e no Max Planck somente foram possíveis pelo suporte do amigo Paolo.

Devo agradecer ao Professor Nereu Giacomolli. Orientador interessado e presente. O período de cotutela na PUC só foi possível pelo apoio, dedicação e interesse do amigo Nereu. Sem ele, o desafio da dupla titulação jamais teria sido alcançado.

Agradeço especialmente à amiga Bruna Capparelli, por todo o auxílio acadêmico já antes da experiência italiana. Foram muitas correções, debates e conselhos ao longo do trajeto. Foi no inverno italiano de 2015–2016, na Universidade de Turim, sob neve, em uma longa conversa com os Professores Paolo Ferrua e Francesco Caprioli, que pude desnublar o caminho dogmático que deveria percorrer na pesquisa. Encontro somente possível pela Bruna.

Agradeço aos amigos Franklyn Roger e Federico Rossi, pelas conversas, ensinamentos e companheirismo no período italiano.

O período de vida de mais de 2 anos em Pavia foi não só muito produtivo, mas bastante prazeroso, muito pelos companheiros do “gabbiotto”, Severino Murgia, Valeria Aquilani, Chiara Garavani e Giulia Angiolini, a quem também sou grato.

Ao meu pai e minha mãe (in memoriam), pelo suporte constante. A Juliana, Isabella e Helena, companheiras da aventura italiana. A vocês dedico esta obra!

Lista abreviaturas e siglas.....	13
Prefácio.....	15
Introdução.....	25
1. Alguns aspectos inovativos decorrentes da afirmação do direito ao justo processo.....	31
1.1. Contornos gerais de um modelo em evolução.....	31
1.1.1. A tradicional inspiração pela cláusula do devido processo legal de influência anglo-americana.....	43
1.1.2. Núcleo essencial da cláusula de “due process of law” a partir da afirmação das garantias constitucionais de caráter processual.....	49
1.2. Conexão com o équo (devido) processo convencional.....	59
1.2.1. A superação do modelo nacional autorreferenciado: abertura à jurisprudência das Cortes supranacionais de direitos humanos.....	73
1.2.2. Equidade processual e interpretação convencionalmente orientada.....	79
1.2.2.1. A ordem jurídica italiana perante a convenção europeia.....	82
1.2.2.2. O direito brasileiro ante o sistema interamericano dos direitos humanos.....	84

1.2.3. Conformidade convencional e justo (devido) processo: tendências e oscilações.....	86
1.3. Progresso à percepção sistemática e coordenada dos direitos e garantias fundamentais.....	96
1.3.1. Valoração para além das normas internas do procedimento. Por um juízo concreto e global do iter processual.....	98
1.3.1.1. O caráter normativo do conceito unitário de justo processo.....	102
1.3.1.2. O parâmetro de justiça do processo para além da mera conformidade à lei.....	105

2. *Procedural justice*, justo processo

e justiça da decisão.....	113
2.1. Premissas.....	113
2.2. A dupla perspectiva nos estudos de justiça processual.....	122
2.3. Valores processuais e correção da decisão.....	126
2.3.1. Procedimento, justiça e valores no processo.....	128
2.4. Concepções não instrumentais de justiça processual.....	132
2.4.1. O procedimento como um jogo.....	134
2.4.2. O processo como sistema social.....	136
2.4.3. Valoração sócio-psicológica do procedimento.....	138
2.4.3.1. O procedimento pela perspectiva do “group value model”.....	142
2.4.3.2. A função heurística do processo e a preocupação com a aparência de justiça.....	145
2.4.4. A concepção da justiça do procedimento pelo ponto de vista da dignidade humana.....	153
2.4.5. A teoria discursiva e a perspectiva idealizada do processo.....	156
2.4.6. Conclusões parciais a respeito das categorias de justiça processual não embasadas nos resultados.....	160
2.5. A compreensão instrumental da justiça processual.....	162
2.5.1. As limitações internas da visão instrumental.....	165
2.5.1.1. Possível paradoxo entre as qualidades instrumentais específica e sistêmica.....	167
2.5.1.2. A função auxiliar do processo na tarefa de regulação dos comportamentos.....	170

2.6. A concepção moderada de justiça procedimental: <i>Imperfect Procedural Justice</i>	174
2.7. Justiça procedimental e justo processo penal.....	177
3. O justo processo e os cânones gerais baseados na qualidade da jurisdição penal:	
a justiça da decisão.....	191
3.1. Introdução.....	191
3.2. Garantias subjetivas e garantias objetivas do justo processo. O duplo significado dos cânones gerais de correto exercício da jurisdição penal.....	193
3.2.1. O Contraditório como método epistemológico do processo penal.....	199
3.2.2. Duração razoável como garantia objetiva do processo.....	213
3.3. Apontamentos sobre as condições de justificação das decisões judiciais.....	228
3.4. A abordagem cognitivista às funções do processo penal.....	238
3.4.1. A verdade como garantia e como ideal regulativo do justo processo penal.....	250
3.4.1.1. Algumas considerações sobre a verdade almejável no processo penal.....	256
3.5. Possíveis pontos de contato com as obrigações processuais penais positivas reconhecidas pelas cortes supranacionais de direitos humanos.....	275
3.5.1. Exigências processuais como obrigações de meio e não de resultado.....	286
3.5.1.1. Correlação possível entre as exigências convencionais de adequado acerto penal com a cláusula do justo processo.....	288
3.5.2. Justo processo penal convencional e a justiça processual segundo as Cortes de direitos humanos. A busca do acerto fático.....	294
4. Reflexões microcomparativas sobre os poderes de aquisição de ofício da prova no juízo penal: Itália e Brasil.....	301
4.1. Introdução.....	301

4.2. Considerações preliminares sobre os poderes oficiosos do juiz em matéria probatória no processo penal italiano.....	306
4.2.1. Apontamentos quanto à conjuntura de atuação do juiz penal no tema do completamento probatório na fase judicial.....	315
4.3. O art. 506 do CPP italiano – os espaços de intervenção do juiz em sede de exame das testemunhas e das partes privadas.....	319
4.4. O art. 507 do CPP italiano: algumas premissas.....	326
4.4.1. Os contornos da iniciativa probatória do juiz segundo o art. 507 do CPP italiano.....	332
4.5. Algumas premissas de leitura dos poderes de ofício em matéria probatória do juiz penal brasileiro.....	350
4.6. O artigo 212 § único do CPP brasileiro: os espaços de intervenção do juiz em sede de exame das testemunhas.....	360
4.7. Os contornos da iniciativa probatória do juiz com base nos arts. 156, II e 209 do CPP brasileiro.....	364
4.7.1. Reflexão necessária quanto às balizas para a atuação de ofício do juiz em matéria de prova no procedimento penal brasileiro.....	369
4.8. As iniciativas de reforma do CPP brasileiro e a integração probatória pelo julgador.....	372
4.8.1. Aquisição <i>ex officio</i> da prova e o chamado pacote anticrime (Lei 13.964/19).....	373
4.8.2. Os poderes oficiosos no projeto de lei do novo Código de Processo Penal brasileiro.....	379
4.9. Notas parcialmente conclusivas. O dilema entre estratégia e pesquisa da verdade: algumas observações críticas a respeito da aquisição <i>ex officio</i> da prova no juízo penal.....	384
Referências.....	395

Lista abreviaturas e siglas

ADIS: Ações Diretas de Inconstitucionalidade

AgRg: Agravo regimental

CADH: Convenção Americana dos Direitos Humanos

CEDH: Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CIDH: Comissão Interamericana dos Direitos do Homem

Corte IDH: Corte Interamericana dos Direitos do Homem

Corte EDH: Corte Europeia dos Direitos do Homem

C.p.p.: Codice di procedura penale

CPP: Código de Processo Penal

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

Dje: Diário de Justiça eletrônico

EC: Emenda Constitucional

GIP: Giudice delle indagini preliminari

GUP: Giudice dell'udienza preliminare

HC: habeas corpus

Min.: Ministro

ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite

PL: Projeto de Lei

RBCCrim: Revista Brasileira de Ciências Criminais

REC: Recommendation

Resp: Recurso especial

Rel. relatore

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TFUE: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TUE: Tratado da União Europeia

UE: União Europeia

Prefácio

Receber o convite para prefaciá-lo um livro é sempre uma alegria e um desafio. A felicidade é porque o convite representa uma demonstração de amizade, respeito acadêmico e, neste caso, a isso se soma o privilégio de poder ter lido em primeira mão livro muito bem escrito, com ideias consistentes e muito ricamente fundamentadas, com uma escrita agradável e precisa. Mas há também o desafio que traz a responsabilidade de falamos ao leitor sobre a obra e seu autor. O que dizer para o leitor, diante de tantas ideias e propostas, de um verdadeiro modelo de processo penal, que nos propõe Frederico Valdez Pereira.

O livro que ora se apresenta ao público, escrito por Frederico Valdez Pereira, é uma análise sistemática da essência do processo penal: “Fundamentos do Justo Processo Penal Convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo”.

Certamente, cabem-me muito mais que uma mera exposição sumariada das posições do Autor, que com método e precisão, divide a obra em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata das garantias do “justo processo”. Sem negar a origem decorrente do *due process of law*, a definição de um conjunto de garantias mínimas para o exercício legítimo da persecução penal está centrada no enfoque convencional, notadamente na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que é o referencial de interpretação para a leitura das garantias do processo equo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além desses dos sistemas regionais de tutela de direitos humanos e, no caso, de garantias processuais do acusado, como modelo concreto de direito interno o leitor encontrará também uma rica análise do sistema italiano, que costuma receber a

denominação de garantias do *giusto processo*, a partir da reforma do art. 111 da Constituição peninsular.

O Autor justifica a insuficiência de uma análise a partir da tradicional dicotomia sistema acusatório/sistema inquisitório, mostrando a vantagem de uma leitura centrada no conjunto de garantias do processo justo. O caminho é fecundo e tem grande potencial de crescimento. As intermináveis discussões acadêmicas sobre o que caracteriza o sistema acusatório, se a sua essência é a separação das funções de acusar, julgar e defender, ou se é a gestão da prova, da qual deve estar alijado o juiz, não foram suficientes para garantir um efetivo estabelecimento de um “mínimo denominador comum”, partilhado por diferentes países em seus sistemas concretos, o que é fundamental para que o processo penal funcione como um instrumento que legitime o exercício do poder de punir estatal, em caso de condenação.

De outro lado, as Declarações internacionais e regionais de direitos humanos não se destinam a resolver polêmicas doutrinárias processuais penais – o que é a essência do sistema acusatório? –, mas em declarar e efetivar os direitos humanos, no caso relacionados com o processo penal, as garantias processuais penais mínimas dos acusados. Nelas, contudo, não se encontra um generalíssimo enunciado: “os acusados têm direito a um processo penal acusatório”. Ou, noutra vertente: “todo acusado tem direito ao devido processo legal”. Optou-se, acertadamente, por um rol de direitos. E, no caso de algum ponto omissos, em que se possa identificar um déficit de proteção, se lança mão, aí sim, de uma garantia geral do “processo equo”, que o Autor denomina “processo justo”.

Nesse ponto, é interessante observar que o sistema constitucional brasileiro de garantias do acusado parece seguir o mesmo caminho. Há um extenso e necessário rol de garantias processuais do acusado: juiz natural, contraditório e ampla defesa, processo públicos e decisões motivadas, presunção de inocência, direito à não autoincriminação, processo em prazo razoável, entre outras. Cada garantia, embora tenha operacionalidade em si e isoladamente, ganha força quando atua de forma coordenada e integradamente, constituindo o sistema constitucional de garantias processuais. Mas, na Constituição pátria também há a garantia do devido processo legal. Tenho defendido que o devido processo legal é um *princípio síntese*, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos

os demais princípios dele defluiriam. Essa, contudo, seria uma opção perigosa, diante de uma jurisprudência que insiste em virar de cabeça para baixo a pirâmide kelseniana e ler a Constituição à luz das leis, e não o contrário. Portanto, explicitar garantias constitucionais do acusado nunca será demais. Mas, além disso, o devido processo legal também tem uma função de *cláusula de encerramento*: garantias fundamentais do acusado, mesmo não enunciadas expressamente, podem ser extraídas no inciso LIV do *caput* do art. 5º da Constituição.

Há, ainda, como bem desenvolvido no livro, outro aspecto fundamental do tratamento do processo penal sob o enfoque do processo justo: a transformação de um sistema autorreferenciado, que só olha para dentro, considerando as garantias de sua Constituição, em um processo que amplia seus horizontes, mirando garantias supranacionais, interpretadas e conformadas pela jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos. Nesse ponto, contudo, é preciso ser realista: o Supremo Tribunal Federal, lamentavelmente, tem se negado a realizar o necessário diálogo com a Corte Interamericana de Direito Humanos e, quando invoca em seus julgados dispositivos da Convenção, o faz mediante a sua própria leitura interna da Carta regional. É preciso que deixemos de ter um monólogo do Supremo Tribunal Federal que, lamentável e ilegitimamente, tem criado uma Convenção Americana de Direitos Humanos à brasileira. E o presente livro sobre o “Fundamentos do Justo Processo Penal Convencional”, pode ser um importante fator de estímulo para essa virada interpretativa.

Concluindo a análise do primeiro capítulo, Frederico Valdez Pereira, com sólidos fundamentos, assevera “o processo penal, para ser considerado equitativo e justo, deve, também, ser concebido de forma tal que leve em consideração o anseio à produção de decisões justas, ainda que se reconheçam seus limites e sua falibilidade”.

No segundo capítulo é analisado o *procedural justice*, com a finalidade de verificar se a correção do resultado do processo pode ser considerada um elemento integrante do justo processo. São analisadas, com fundamento em ampla e apropriada doutrina, as concepções não instrumentais da justiça procedimental, que são refutadas, primordialmente, porque não se baseiam em um critério externo ao procedimento, relacionado ao seu resultado, que possa ancorar a legitimidade e a justiça da decisão final. Frederico Valdez Pereira defende que o modelo de *procedural justice*, afinado com a garantia do justo processo, tem no ideal da correção das decisões um critério de justiça. E somente procedimentos justos

podem conferir legitimidade normativa aos procedimentos decisórios e seus resultados.

O problema da decisão justa, como não poderia deixar de ser, envolve a questão do juízo de fato. A correção do resultado exige um adequado acerto dos fatos em juízo. Não se trata de uma visão meramente procedimentalista, na medida em que o Autor afirma que “o núcleo central do direito ao justo processo orienta-se em razão de uma certa ideia de justiça, que abrange tanto o método como o resultado do procedimento”. A justiça da decisão não pode coincidir somente com o respeito ao procedimento, pois a um processo justo pode se seguir uma decisão injusta, se o juiz valora de modo errôneo o resultado das provas.¹

Nesse ponto, também estamos de acordo. Tenho defendido que há três condições necessárias, mas cada uma em si insuficiente, para uma decisão justa. A justiça de uma decisão está condicionada ao correto juízo de fato, à correta escolha e interpretação das regras jurídicas, bem como ao emprego de um procedimento válido. Como tive oportunidade de escrever: “No Estado de Direito não se pretende punir de qualquer modo ou a qualquer custo. Portanto, no processo penal não se aplica a lógica de que os fins justificam os meios. Ao contrário, a correta observância do meio, isto é, do processo enquanto instrumento para atuação do direito de punir estatal, é condição para a legitimidade do resultado. Para tanto, o processo deve respeitar os parâmetros constitucionalmente previstos e se desenvolver com a perfeita observância das regras legais. O respeito ao devido processo legal é condição necessária, embora não suficiente, para uma decisão justa. Os processos que respeitem as regras legais poderão ter como resultado uma decisão justa. De outro lado, um processo que viole garantias constitucionais, ou as leis de regência, não terminará com uma decisão justa, independentemente das demais variáveis em questão. Obviamente, uma punição injusta será ilegítima”.²

No terceiro capítulo, o Autor retoma a análise das garantias do processo justo, analisando o contraditório e a razoável duração do processo. Mas o tema que considero merecer especial destaque é o papel dado à verdade – diria eu, ao conhecimento da verdade – no processo penal. Frederico Valdez Pereira defende uma relação teleológica entre

¹ Michele Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 225.

² *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: RT, 2019, p. 18-19.

o justo processo penal, como meio, e a justiça da decisão, como fim. O parâmetro para verificar tal atributo do resultado deve ser “um critério externo ao processo: condenar os culpados e absolver os inocentes”. Claro que, para tanto, a premissa fática assumida na decisão deve corresponder à verdade. A exposição procura responder duas indagações: a primeira, se o processo pode alcançar a verdade dos fatos; a segunda, se o processo deve ser orientado ao acerto judicial dos fatos. Estou de pleno acordo que a verdade é um ideal regulativo do justo processo penal.

Agora digo eu: mas é importante esclarecer de que verdade está se falando, e estabelecer como se dará o conhecimento da verdade. Para tanto, considero ser fundamental distinguir entre “verdade” e “conhecimento da verdade”. A verdade, como correspondência, é absoluta. Não há matizações. Ou o enunciado sobre o fato corresponde ao que ocorreu no mundo fenomênico ou o enunciado não corresponde. Ou a neve é branca, ou a neve é de outra cor. Isso não admite graus. É tudo ou nada. O que admite graus, aproximações maiores ou menores, é o conhecimento da verdade. E ele nunca será pleno, mas sempre probabilístico.

Que um conhecimento absoluto dos fatos não pode ser atingido, trata-se de um patrimônio cultural da epistemologia, desde fins do século XIX. As descobertas científicas no campo da física e da matemática colocaram por terra o ideal de um modelo de conhecimento fundado na causalidade. Embora ainda persista o mito sobre o caráter absolutamente certo do conhecimento científico, essa certeza não existe mais nas ciências naturais. As discussões sobre o método científico do século XX demonstraram que a ciência, nas palavras de Stella, “é um cemitério de erros”,³ e se desenvolve por meio da formulação de hipóteses cuja verdade ou falsidade é um problema destinado a sempre restar em aberto. Ainda no campo da filosofia da ciência, Reichenbach explica que “o ideal de um universo cujo curso segue leis rigorosas, de um cosmos predeterminado que procede como um relógio foi abandonado. Juntamente foi abandonado o ideal do cientista considerado como o depositário da verdade absoluta. Os eventos da natureza são assimiláveis a dados que caem ao invés de astros que rodam no céu; são

³ Federico Stella, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della costituzione italiana. In: Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze.* Milano: Giuffrè, 2004, p. 10.

controlados por leis probabilísticas, não pela causalidade, e os cientistas se assemelham mais a jogadores que a profetas. Eles podem dizer quais são as melhores hipóteses, mas nunca sabem de antemão se são verdadeiras”.⁴ A mecânica quântica, com a teoria dualística ondulatória-corpúscular da luz, sepultou a objetividade. O mesmo se diga do princípio da indeterminação, formulado por Heisenberg, sobre a trajetória de uma partícula subatômica que é caracterizada por uma específica indeterminação, sendo impossível prevê-la de modo exato. As noções de espaço e tempo são questionadas, diante da teoria da relatividade de Einstein. Não só no campo científico relacionado às ciências naturais, mas na própria matemática, o ideal de um conhecimento universal e absoluto foi questionado pelo Teorema da Incompletude de Gödel.

Em suma, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea que a ciência também está privada de certeza.⁵ Tudo passou a ser apenas meramente provável.

A epistemologia moderna parece estar de acordo que todo conhecimento sempre é limitado, se desenvolvendo num campo probabilístico, sem certezas lógicas absolutas, é um forte estímulo para não temer a assertiva de que o conhecimento da verdade seja um ideal regulativo do processo. Não há o perigo de desembocar numa lógica de que os fins justificam os meios, exatamente porque esses fins, de modo absoluto, são inatingíveis. A maioria dos processualistas penais têm dificuldade de aceitar a importância da verdade como um norte para o processo. Acertadamente, Frederico Valdez Pereira, não se insere no movimento que Goldman denominou *veriphobia*, isto é, a atitude de quem repudia a possibilidade de um conhecimento verdadeiro.⁶

Por outro lado, é preciso ter a consciência de que se, para legitimar a imposição da sanção penal, o processo precisa ser instrumento epistêmico, é preciso ter plena consciência de que a atividade probatória não

⁴ Hans Reichambach, *La nascita della filosofia scientifica*. Trad. Dominico Parisi e Alberto Pasquinelli. Bologna: Il Molino, 1961, p. 136.

⁵ Luisella de Cataldo Neuburger, Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto, *In: Luisella de Cataldo Neuburger, (Org.), La prova scientifica nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 50

⁶ Alvin I. Goldman, *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 7. Uma crítica ao posicionamento que nega a verdade, também pode ser encontrada em: Nicla Vassallo, Contro la verifobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità. *In: Maria Cristina Amoretti; Michele Marsonet, Conoscenza e verità*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 1-44.

deve ser realizada com vista a descoberta da verdade a qualquer custo ou qualquer preço. Ao contrário, deve ser realizada no processo penal, deve ser conduzida dentro dos parâmetros da legalidade, não sendo possível admitir-se a violação de direitos fundamentais para a obtenção de elementos probatórios, nem o descumprimento das formalidades que a lei processual prescreve para a produção da prova ou execução de providências a ela relativas.

É preciso ter sempre isso em mente, para que não se supervalorize a noção de obrigações processuais penais positivas, que são tratadas em profundidade no livro, no contexto do direito ao justo processo.⁷ O Autor sustenta, em síntese, que é necessário reconhecer um verdadeiro dever convencional de os organismos nacionais implementarem investigação adequada e efetiva que permita esclarecer os fatos praticados e seus autores, com a identificação das responsabilidades. Nesse ponto, destaca a necessidade de proteção das vítimas dos delitos e da coletividade em geral, que depende do correto funcionamento do processo como mecanismo para apuração de responsabilidades.

Defende-se no livro que o Estado tem o dever de estabelecer um regime legal que assegure o funcionamento de um instrumento efetivo para investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos. Abstratamente, não há como negar tal escopo. Porém, sustentá-lo significa criar uma enorme zona de fricção com as garantias processuais penais dos acusados, que também se constituem direitos humanos fundamentais. Nesse ponto, não se pode olvidar que a melhor qualidade ou maior eficiência da persecução penal, não pode justificar a supressão das garantias constitucionais e convencionais do acusado. A colidência entre “eficiência da administração de justiça” e as garantias processuais é um falso problema, na medida em que a “eficiência da função jurisdicional” somente deve ser considerada uma vez que assegurados o respeito e o cumprimento das garantias processuais.

No processo penal justo, a eficiência da persecução penal é uma “variável dependente”, para usar um termo matemático, que tentamos maximizar em relação a outros valores, que devem ser assumidos como dados independentes. Portanto, logicamente, só depois de assegurar a correta aplicação das garantias processuais, se poderá colocar, no âmbito

⁷ O posicionamento já era defendido na obra: Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira, *As obrigações processuais penais positivas*. Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2 ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2019.

por essas delimitado, o problema da funcionalidade do sistema processual. Um verdadeiro Estado de Direito não pode ser outra coisa senão um Estado de respeito aos direitos fundamentais, ainda que em detrimento de uma máxima eficiência estatal. Como afirma Pisani, “naturalmente, a eficiência não pode ser por si só o elemento mais importante num sistema de justiça penal. O trabalho dos tribunais deve ser eficiente, sem colocar em risco as garantias fundamentais dos cidadãos”.⁸

Por fim, no último capítulo aborda-se um tema específico, mas que por séculos foi e, atualmente, ainda continua sendo, o centro gravitacional das discussões sobre os sistemas processuais penais: o papel do juiz na gestão da prova ou, mais especificamente, os chamados poderes instrutórios do juiz. Definido o marco teórico nos capítulos anteriores, chega o ponto de verificar na prática judiciária os resultados que podem ser obtidos com o modelo proposto. Tem-se um banco de prova para verificar, num sistema concreto, como funcionaria aquilo que teoricamente se mostrou como sendo o sistema preferível. As discussões sobre a matéria são infundáveis, e não cabe aqui sumariá-las. Mas é importante destacar que o leitor encontrará no livro sólido fundamento do ponto de vista do Autor, que defende a possibilidade de iniciativa probatória de ofício do juiz.⁹

Mas, com já dito, do apresentador se espera mais do que ressaltar a importância do tema ou mesmo resumir o conteúdo do livro. É de se falar, também, de seu Autor. Li Frederico Valdez Pereira antes de o conhecer pessoalmente. Impressionaram-me a profundidade do livro sobre *Delação Premiada*, não por acaso, já na 4ª edição, bem como a riqueza das fontes de pesquisa e a clareza do texto. Depois disso, o conheci pessoalmente e nosso convívio se fortaleceu com encontros em congressos e eventos de que participamos. Somou-se, então, à admiração acadêmica, o prazer de conviver com um amigo gentil e cativante.

Enfim, ao leitor, pode dizer que tem em mão uma ótima obra, de um grande Autor que, para mim, é também um amigo dileto.

⁸ Mario Pisani, Il giudice unico nel quadro del sistema penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, p. 1183.

⁹ Retomando posição que defende em monografia sobre o tema: Frederico Valdez Pereira, *Iniciativa Probatória de ofício e do direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal*, Curitiba: Livraria do Advogado, 2014.

Resta felicitar a Editora D'Plácido, que embora jovem, já ocupa um lugar destacado na produção e difusão do conhecimento nas ciências criminais. Boa leitura a todos.

São Paulo, 15 de outubro de 2020.

Gustavo Henrique Badaró

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

Na abertura de sua obra sobre a epistemologia legal, o filósofo Larry Laudan afirma que os sistemas de justiça penal são orientados por três ordens básicas de valores. Um desses objetivos principais seria esclarecer a verdade sobre o delito, e assim evitar julgamentos errôneos.

O segundo teria como premissa a circunstância de que a perfeição é incalçável, portanto é necessário assegurar um critério de distribuição de erros de tal modo que seja menos provável a ocorrência de falsas condenações do que de falsas absolvições; assim se pode considerar que o cerne desse conjunto de valores seria a forma de distribuição de erros. O terceiro agrupamento axiológico englobaria diversas preocupações essenciais ao processo penal tais como a proteção dos direitos e das garantias dos imputados e os custos do sistema judicial¹.

Essa sintética perspectiva é suficiente para indicar porque um dos principais desafios, tanto nos estudos como na concreta estruturação do processo penal, decorre já da sua própria gênese e razão de ser. Pelo cenário acima constatado, percebe-se como pode ser ampla a distância entre as diversas posições, pois bastará que o intérprete considere um desses grupos de valores como predominante para propender a privilegiá-lo, senão a torná-lo autônomo em relação aos demais, a ponto de colocar-se inevitavelmente em contraste com um jurista que possua visão diversa sobre a relação de hierarquia, ou mesmo de hegemonia, no convívio entre os mencionados agrupamentos valorativos.

¹ LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**: an essay in legal epistemology. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 1-2.

O objeto do presente estudo perpassa, de algum modo, exatamente essa temática fundamental e intrinsecamente controversa, ou seja, aborda os conjuntos ou os grupos de valores que são imprescindíveis ao processo penal, a ponto de direcionar a elaboração do concreto método normativo de julgamento. Mais especificamente, a questão principal que impulsiona o trabalho é de saber se a justiça da decisão, inserida pela enumeração de Laudan reportada acima como o primeiro objetivo principal do sistema de justiça penal, está presente e, portanto, tutelada pela cláusula constitucional do justo processo.

Conquanto o mencionado cânone de justiça do processo seja usualmente reportado à salvaguarda dos direitos e garantias processuais elementares dos imputados, o que induz muitos autores a considerar que o justo processo se limita a conjugar os direitos de defesa, parte-se da hipótese científica de que se trata de um preceito conglobante apto a acolher também a tutela da qualidade da jurisdição e do êxito emanado ao final do processo de acerto das responsabilidades.

Antes de prosseguir, é importante assentar uma das premissas essenciais do estudo, e que por essa razão virá reafirmada em mais de uma oportunidade ao longo do texto, no sentido de que não há contraposição ou incompatibilidade entre essas famílias de valores no interior da cláusula de equidade processual. Pressupõe-se que o modelo de justo processo penal deve conjugar de modo coordenado e interrelacional a tutela das categorias de valores relevantes ao exercício da atividade jurisdicional identificadas acima.

Não há, no presente estudo, intenção de se determinar os limites, o alcance dos elementos do justo processo, ou as suas inúmeras projeções possíveis. Pretende-se, tão-somente, verificar se determinado interesse, valor ou ideal pode ser extraído da cláusula do devido ou justo processo, em outras palavras, se é possível, em particular, afirmar que a valor da justiça substancial do resultado do processo está contido na fórmula constitucional.

É oportuno ainda fazer mais dois ulteriores esclarecimentos introdutórios.

Em relação ao primeiro ponto, pode-se sinteticamente afirmar que o juízo de culpabilidade objeto do processo penal requer que se realize valoração seja de fato seja de direito. No segmento concernente ao dado histórico, interessa, como é sabido, o fato atribuído ao acusado. Naquele referente ao valor jurídico o que importa é o

tipo normativo e, mais amplamente, a qualificação jurídica atribuída ao fenômeno histórico².

Com base nessa nítida segmentação entre questão de fato e questão de direito, sobre a qual se organiza por inteiro o mecanismo processual penal³, move-se também o presente estudo, que se propõe a questionar a importância do primeiro segmento referido, ou seja, da correta reconstrução do tema histórico no interior do processo penal. Em outras palavras, guia-se pela finalidade de verificar se a garantia do processo équo contempla a preocupação com a veracidade do enunciado histórico formulado na decisão, como exigência indispensável a um resultado justo, por conseguinte, como imposição de justiça processual.

Assume-se assim a premissa de que tratar da verdade no âmbito processual, ao menos pelo ponto de vista assumido na presente pesquisa, significa apenas questionar a importância da verdade atinente a um dos particulares aspectos relevantes da deliberação judicial, ou seja, da verdade dentro ou no interior da decisão, e não da própria decisão em si⁴.

O segundo esclarecimento necessário é de ordem terminológica. Não obstante a influência decisiva dos ideais de *due process of law* e de *fair trial* sobre a noção de justo processo, e o uso prevalente nos países de América Latina da locução “devido processo legal”, que foi adotada, por exemplo, pelo constituinte brasileiro no inc. LIV do art. 5º, prefere-se, neste estudo, utilizar a fórmula “justo processo”. A primeira razão é por uma referência de sistema jurídico, uma vez que se trata da terminologia mais identificada ao modelo de tradição europeia-continental. Em segundo lugar para inserir desde a premissa a vinculação com o modelo supranacional de processo penal, ponto de

² FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo *et al.* (orgs.). **La prova nel dibattimento penale**. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 323.

³ Nesse sentido, FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**, 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012, pp. 38 e ss.

⁴ Cf. VIOLA, Francesco. The judicial truth: the conception of truth in judicial decision. In: GIANFORMAGGIO, Letizia; PAULSON, Stanley L. (eds). **Cognition and interpretation of law**, Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 203, o qual menciona que a questão da verdade na decisão pode ser questionada tanto em relação aos fatos como às normas, mas *factual truth* e *juridical truth* não poderiam ser enfrentadas e resolvidas da mesma maneira, e por isso a conclusão judicial «*has no epistemological unity*», de modo que a decisão “como um todo” não pode ser considerada verdadeira ou falsa.

partida na identificação do paradigma de justiça processual⁵. Supõe-se, além disso, que a qualificação “justo” sugira uma estrutura processual cognitiva dialética com a preocupação de alcançar uma decisão justa⁶, conforme será esclarecido posteriormente.

Sendo assim, o ponto de partida adotado para o tratamento da matéria é constituído exatamente pelo delineamento da concepção atual da cláusula do justo processo, em razão da sua condição de elemento fundamental e pano de fundo de toda a análise. Outra razão importante para esse excursus inaugural é devido ao fato de que não só no Brasil, mas no conjunto dos estudos processuais penais da América latina, as reflexões costumam ainda ser guiadas com base na antiga dicotomia acusatório-inquisitório, não sendo, por isso, embasadas no quadro referencial advindo da noção de justo processo.

Para tanto, o capítulo inicial será dedicado a esse esforço explicativo acerca da cláusula referencial de atuação da jurisdição penal no processo. O enfoque primordial da análise será o desenvolvimento do équo processo convencional no sistema da Corte europeia dos direitos humanos, conectando a interação desse modelo com o sistema jurídico penal italiano, bem como sua receptividade e seus no âmbito do sistema Interamericano.

No segundo capítulo, serão examinadas as ideias principais das teorias da denominada *procedural justice* relativas de forma específica ao processo jurisdicional, guiando-se basicamente pela intenção de individuar

⁵ Ainda que o art. 8 da CADH não faça referência expressa à cláusula do justo ou devido processo, é plenamente reconhecido, inclusive pela jurisprudência da Corte IDH, a definição de um paradigma a ser observado de justo/devido processo convencional, o qual se fundamenta tanto nas normas contidas na Convenção, como no conjunto de julgados da Corte de San José. Nesses termos, na Corte IDH, v., por ex., o voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez na sentença do caso Claude Reyes y otros c. Chile. (Fondo, Reparaciones y Costas), de 19/9/2006, série C, nº 151, § 3; e ainda o voto fundamentado apresentado pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot na decisão do caso Cabrera García e Montiel Flores c. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), de 26/11/2010, série C, nº 220, § 8. Ver ainda o Caderno de jurisprudência nº 12 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intitulado: “Debido proceso”. Disponível em: « <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf> ». Acesso em: 16.12.2019.

⁶ FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**, cit., p. 67. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 79, em sentido diverso, relaciona o justo processo com o avanço ao *substantive due process*.

um fundamento útil para o desenvolvimento do estudo. Esse capítulo incluirá avaliações críticas e algumas proposições relacionadas a esse corpo teórico que aborda a taxonomia valorativa interna aos sistemas formais de julgamento, com enfoque no mecanismo processual penal.

O capítulo sucessivo será dedicado ao desenvolvimento da linha argumentativa teórica destinada a verificar a correção da hipótese de partida já mencionada. No enfoque da análise estarão os elementos basilares que conformam o cânone constitucional do justo processo, de modo a buscar o legítimo significado das garantias concernentes a tal cláusula mediante a exposição de sua justificação e razão de ser. A análise se completa com algumas referências especificamente relacionadas ao tema da verdade no processo penal, das quais parece transparecer como o ideal cognitivo seja irrenunciável em um processo penal que se pretenda justo e garante dos diferentes interesses envolvidos.

O capítulo se concluirá com o exame de algumas indicações provenientes da jurisprudência tanto da Corte europeia dos direitos do homem como da Corte interamericana dos direitos humanos, que parecem reforçar a necessidade de se preservar a qualidade do resultado final do sistema de justiça penal. Nesse sentido, a atenção se concentrará, particularmente, sobre a existência de algumas profundas consonâncias entre a categoria das obrigações processuais penais positivas e o arquétipo do justo processo penal.

O último e conclusivo capítulo é reservado à análise de um específico aspecto da disciplina processual penalística, ou seja, aquele concernente aos poderes de iniciativa probatória oficiosa. De fato, considerou-se que a análise sobre a qual foi orientado o conjunto do estudo elaborado não poderia se considerar encerrada sem um momento de verificação, em um nível prático/atrativo, dos resultados até aquele momento alcançados. Nesse sentido, o argumento relacionado aos poderes instrutórios do juiz pareceu o terreno mais adaptado para colocar à prova a linha argumentativa conduzida nos capítulos precedentes.

Nessa particular perspectiva, o quarto capítulo é finalizado a completar, naturalmente, o estudo proposto, correlacionando o trato do tema objeto do exame a partir de um enfoque prevalentemente teórico, com a análise sobre o plano normativo concreto.

Na perspectiva mencionada, e com a finalidade de enriquecer o quadro de referências, o tema será abordado em termos de comparação entre sistemas normativos diferentes, mediante uma confrontação entre a disciplina processual penal italiana e a regulação normativa brasileira.

“O livro que ora se apresenta ao público, escrito por Frederico Valdez Pereira, é uma análise sistemática da essência do processo penal [...] O Autor justifica a insuficiência de uma análise a partir da tradicional dicotomia sistema acusatório/sistema inquisitório, mostrando a vantagem de uma leitura centrada no conjunto de garantias do processo justo. O caminho é fecundo e tem grande potencial de crescimento. As intermináveis discussões acadêmicas sobre o que caracteriza o sistema acusatório, se a sua essência é a separação das funções de acusar, julgar e defender, ou se é a gestão da prova, da qual deve estar alijado o juiz, não foram suficientes para garantir um efetivo estabelecimento de um “mínimo denominador comum”, partilhado por diferentes países em seus sistemas concretos, o que é fundamental para que o processo penal funcione como um instrumento que legitime o exercício do poder de punir estatal, em caso de condenação.”

GUSTAVO BADARÓ



ISBN 978-65-5589-113-3



9 786555 891133